KOMMUNESEKTORENS ORGANISASJON - KS ADVOKATENE - Advokater MNA

Tor Allstrin - områdedir.
Marianne Bachke
Kristine Røed Brun
Gry Brandshaug Dale
Stig Eidissen
Øyvind Gjelstad
Solfrid Vaage Haukaas
Anne-Lise Hellebostad
Beatrice Dankertsen Hennyng
Hakon Huus-Hansen
Martin Jonassen
Erna Larsen
Frode Lauareid (H)
Andreas Dag Nilsen
Anette Olsen
Øyvind Renslo
Jostein Selle
Johan Nyrerød Spiten - avd.dir.
Cecilie R. Sæther
Silje Tangen
Siri Tofte
Kristine Vigander
Geir S. Winters
Kjersti Benum (adv.sek.)
Stig Dahlsveen (spes.kons.)
Linda Hansen (adv.ass.)
Stina Berg Nielsen (adv.sek.)
H = møterett for Høyesterett

Kristiansand kommune
Att.: Rolf Jarnes
Rådhusgata 18
4611 KRISTIANSAND S

Vår referanse: 22/00751-1
Ansvarlig advokat: Øyvind Renslo
Deres referanse:

Dato: 14.03.2022

Hvorvidt gjenkjøpsgarantier ved inngåelse av fastlegeavtaler er lovlige etter kommuneloven

1. Innledning

Det vises til korrespondanse pr e-post og telefon.

Vi er bedt om å vurdere hvorvidt kommuneloven § 14-19 er til hinder for at Kristiansand kommune inngår avtaler om gjenkjøpsgaranti ved rekruttering av næringsdrivende fastleger. En gjenkjøpsavtale innebærer at Kristiansand kommunen garanterer for at en fastlege som ikke får solgt praksisen sin får utbetalt et beløp tilsvarende eller en del av det beløp som det som antas at fastlegen ville fått utbetalt, dersom en annen privatpraktiserende hadde kjøpt hjemmelen. Dersom legen eventuelt får solgt til en lavere pris, så kan kommunen alternativt påta seg å utbetale differansen.

Vi vil nedenfor under punkt 2 nærmere omtale fastlegeordningen etter ASA 4310. Det gis her også en kort beskrivelse av andre private tjenesteytere innenfor velferdssektoren. Under punkt 3 beskrives fastlegordningen i Kristiansand kommune noe nærmere. Under punkt 4 er det gjort nærmere rettslige vurderinger.

Det er oppsummert vår vurdering – som det fremgår under punkt 5 – at inngåelse av gjenkjøpsgarantier ikke er lovlig etter kommunelovens regler om garantier etter kommuneloven § 14-19. Dette som følge av at garantier – i denne sammenheng – må ansees for å være stilt til næringsvirksomhet, noe som ikke er lov etter kommunelovens regler.

2. Nærmere om fastlegeordningen. Kort om andre private tjenester innenfor velferdssektoren

Etter ASA 4310 er hovedmodellen for fastlegeordningen at fastleger driver sin virksomhet som næringsdrivende. Det vises til punkt 2 ASA 4310, og også vedlagt standardavtale mellom kommuner og fastlegen. Samtidig er ordningen lovregulert som en kommunal lovpålagt oppgave etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1, jf. § 3-2. Legen har også en personlig arbeidsplikt, og inntjeningen som fastlegene har dels regulert gjennom takstforskriften. (FOE-2021-06-25-226). Legens inntekter består av fastsatte egenandeler fra pasientene og refusjoner fra Helfo som angitt i forskriften, i tillegg til et tilskudd fra kommunen.

Fastlegeordningens målsetning er at innbyggerne skal få dekket sitt behov for legehjelp gjennom fastlegeordningen, men innbyggerne kan selv i utgangspunktet velge sin fastlege, og har rett til bytte fastlege to ganger i året. Privat kan velge å oppsøke andre legetjenester hvor de finnes, jf. nedenfor.

Hvilken samlet næringsinntekt fastlegen har vil bero på hvordan fastlegen innretter sin virksomhet. Legenes listestørrelse varierer fra under 1000 til 2500. Legen har når som helst mulighet til å øke sin liste. Videre kan det være store variasjoner i inntekt på like lange lister. Leger har en reell mulighet til å investere i spesielt utstyr som gir et «kundegrunnlag» for inntekter. Eksempelvis kan legen velge å investere i ultralydapparat og får egen takst for bruken av dette utstyret. Men det er nok *antallet* legebesøk per innbygger som generelt gir størst utslag i inntektene for fastlegene.

Fastlegene har tilsvarende mulighet til å påvirke kostnadene sine, for eksempel knyttet til utstyr og lokaler. Fastlegene bestemmer også selv hvordan kontoret skal bemannes. Det er eksempler på legekontor som ikke har resepsjon. Fastlegene kan slik i forholdsvis stor grad påvirke både inntektssiden og utgiftssiden ved driften av fastlegepraksis.

Når det gjelder inntektsnivået til næringsdrivende leger har SSB statistikk på dette, men datagrunnlag er fra 2018. Det skal gjennomføres ny inntekst- og kostnadsundersøkelse, og resultatet vil antakelig foreligge i løpet av våren 2022. Statistikken fra 2018 viser en gjennomsnittlig bruttoinntekt på nesten 1,5 millioner kroner dette året. Det fremgår av samme statistikk at fastlegene organiserer sin praksis på mange ulike måter. De fleste fastlegene driver enkeltpersonforetak og får næringsinntekt fra fastlegevirksomheten. Noen fastleger driver ikke enkeltpersonforetak, men lønnes fra et aksjeselskap de selv eier. Mange fastleger har en kombinasjon av næringsinntekt og lønnsinntekt. For eksempel hvis de driver enkeltpersonforetak, men mottar lønn fra kommunen for allmennoppgaver og legevakt. Oversikten viser også forholdsvis store forskjeller på inntekter mellom fastlegene. Hovedandelen av fastlegenes bruttoinntekt er mellom 1 million og 2 millioner. Mange fastleger har også en svært høy bruttoinntekt. Det nevnes her SSB har ikke klart å skille ut leger som driver med annet på si, slik at denne statestikken også kan inkludere inntekter fra annet enn det som naturlig er forbundet med fastlegevirksomhet.

Normalmodellen er at fastlegene driver sin virksomhet selvstendig med egne lokaliteter, ansatte, administrasjon, mv. I andre tilfeller stiller kommunen med kontorfasiliteter, personell og utstyr. Fastlegen betaler til kommunen for disse tjenestene, men er fortsatt næringsdrivende ved at inntektene fra pasienter og refusjon går til fastlegen.

Hvor fastlegene driver sin virksomhet helt selvstendig, slik som vanlig er, så vil takstsystemet skille fastlegens salg av tjenester fra ordinære konsulenttjenester. Men for øvrig er det mange likhetstrekk med ordinære konsulenter, herunder også for eksempel med advokater som driver sin virksomhet i det all vesentlige på offentlige salærsatser.

Det er i ASA 4310 punkt 5.6 gitt nærmere regler om hvordan overdragelse av fastlegehjemmelen kan skje. Etter ASA 4310 punkt 5.6 har fastlegen rett til å få overdratt sin praksis. Det vil si at ny lege som skal overta praksisen må betale for goodwill og relevant utstyr og inventar. Dersom kjøper og selger ikke blir enig om pris, kan pris fastsettes av nemnd etter reglene i ASA 4310. En kartlegging fra IPSOS for 2020, hvor kommunen overtar hjemmelen og betaler kompensasjon til fastlegen for hjemmelen, viser store forskjeller i pris, men at pris ofte er mellom kroner 400.000,- og 500.000, -. I et fungerende marked er overdragelsesbeløpet høyere. Det er opplyst at pris for en praksis i større byer, hvor fastleger kjøper tidligere fastlegers hjemmel oftest, settes i størrelsesorden 800.000,- 1.000.000,- kroner.

Det er i dag et sviktende marked, og det er få leger som vil investere i en legepraksis. Det er pr i dag generelt vanskelig å få rekruttert nye leger til fastlegepraksis. Dette har vedvart over flere år, og vanskene har blitt stadig større, jf. også nedenfor. Erfaringen i dag er at yngre leger primært ønsker et ansettelsesforhold.

De siste årene har det også vokst frem alternative eller supplerende tiltak til fastlegeordningen. Eksempler er tilbud gjennom «Hjemmelegen», «Dr. Dropin», «KRY» og private sykehustjenester, herunder røntgenavdelinger i regi av Aleris og Volvat. Det er likevel på landsbasis en liten andel av behovet som dekkes av denne type ordninger sammenlignet med fastlegeordningen.

Det har i de senere år, i tillegg til ideelle organisasjoner, også vokst frem kommersielle selskaper som tilbyr andre typer helse- og velferdstjenester. Dette gjelder både innenfor helse- og omsorgstjenester, herunder tilbud om praktisk bistand i hjemmet, sykehjem, sykehushotell, tilbud om BPA (brukerstyrt personlig assistanse). Det samme gjelder private tjenester innenfor barnevern, barnehager og skoler. Disse tjenestene er også i stor grad lovregulerte som kommunens oppgaver, men slik at tjenestene likevel kan gis av private. Mange av tjenestene er i stor grad finansiert gjennom offentlige midler.

3. Kort om fastlegevirksomheten i Kristiansand kommune og vurderinger av risikoer ved å stille garantier i dag

Det er i dag 105 fastleger i Kristiansand, som alle driver som næringsdrivende. Det er ingen ansatte fastleger i kommunen. Kommunen vurderer å tilby gjenkjøpsgarantier fordi andre kommuner gjør det, som et rekrutteringstiltak. Kommunen opplyser at den eventuelt vil tilby gjenkjøpsavtalen med en makstid på 2-3 år, og at den vil begrense garantien til kr. 800.00,-.

Kommunen opplyser at det for kommunen har mange fordeler at leger er næringsdrivende sammenlignet med fast ansettelse. Erfaringene er at leger som ansettes med fast lønn produserer vesentlig mindre. De går gjerne ned på listestørrelsene og vil som andre ansatte være omfattet av de sosiale bestemmelsene som ligger i arbeidsmiljølov og tariffavtale. Det er derfor i kommunens klare interesse fortsatt å bygge opp under næringsdrift som hovedmodell.

Kommunen har i dag lyst ut 4 stillinger. Det forventes at det blir lyst ut 5 nye hjemler i år, og deretter 5 til ved årsskiftet. Kommunen vil også måtte etablere enda 10 ut over dette i 2024-25. Kommunen opplyser at i løpet av 8 år vil ytterligere20% av legene gå over i pensjonistenes rekker.

Kommunen opplyser at det er svært krevende å rekruttere nye leger. Kommunen har på ulike måter forsøkt å imøtekomme og legge forholdene best mulig til rette for fastlegene, for å rekruttere og beholde dem. Dette både gjennom tilpasning av listelengde og ansettelse av egne leger på legevakt. Det er gitt fritak av 40 % av legene fra legevakt.

Dersom kommunen gir en gjenkjøpsgaranti opplyser kommunen at den regner med - basert på en skjønnsmessig vurdering - at den vil måtte betale anslagsvis 20 % av legene som starter med en slik gjenkjøpsgaranti med den tidsbegrensning og beløpsstørrelse som angitt. Tapet for kommunen vil ligge rundt 7-800 000,- basert på de hjemler som lyses ut i år og neste år.

Kommunen opplyser at det er en risiko for at garantier også vil medføre et press på kommunen til å kjøpe praksisplasser. Det er også utfordringer knyttet til gjenkjøpsgaranier og eventuelt overdragelse av praksisplasser som drives i felleskap fra senter mv. Det er opplyst at andre kommuner har måttet gå inn

og kjøpe alle hjemlene, og ta over virksomheten for at senteret fortsatt skal drives når en lege avslutter, hvor man ikke får rekruteringer på plass. Det opplyses også at det også er utfordringer knyttet til den dobbeltrollen som kommunen kan få ved ny rekrutering/utlysning av hjemmel hvor kommunen overtar hjemmelen. Dette til spørsmålet om kommunen når den treffer enkeltvedtak om tildeling samtidig kan kreve at kandidaten kjøper praksisen fra kommunen. Eventuell bruk av gjengjøpsgarantier vil derfor kunne utfordre kommunen på ulike måter.

Kommunen opplyser at det i dag i Kristisand ikke er private legesenter som driver med ordinære allmennlegetjenester- utenfor fastlegeordningen – annet enn nettlegevakt, som er et nasjonalt tilbud.

Kommunen opplyser at den i dag ikke tilbyr garantier eller lignende for å trekke andre yrkesgrupper eller næringsdrivende til Kristiansand.

4. Er det lovlig å stille gjenkjøpsgarantier etter kommuneloven § 14-19?

4.1 Nærmere om rettslig grunnlag og prinsipper for tolking

Det er etter kommuneloven som et utgangspunkt adgang for kommuner å stille garantier. Men det er oppstilt to generelle unntak i lovens § 14-19. Regelen i § 14-19 lyder:

> «*Kommuner og fylkeskommuner kan ikke stille kausjon eller annen økonomisk garanti for virksomhet som drives av andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv, hvis garantien innebærer en vesentlig økonomisk risiko eller er stilt for næringsvirksomhet*».

Som sikkerhet for at kommuner ikke stiller garantier i strid med kommunelovens regler, er det også etablert statlige godkjenningsordninger for garantier som ikke gjelder små beløp. De garantier Kristisand kommune eventuelt vil stille, vil sannsynligvis falle utenfor kravet til statlig godkjenning og behandles ikke nærmere.

Regelens innhold må fastsettes etter en alminnelig rettskildemessig tilnærming, hvor man vurderer ordlyd, formålet, uttalelser i forarbeidene, mv. Det er for større garantier i kommuneloven som nevnt krav om godkjennelse av departementet. Langvarig og fast forvaltningspraksis for tolkning av garantibestemmelsen, vil derfor også ha rettskildemessig betydning.

4.2 Hva er «næringsvirksomhet»?

Hva som er næringsvirksomhet mv beror på en tolkning av hvordan begrepet skal forstås i garantibestemmelsen i kommuneloven § 14-19, og ikke nødvendigvis slik begrepet forstås i andre rettslige sammenhenger. Da utgangspunktet for tolkningen av begrepet er en naturlig forståelse av lovens ordlyd, vil imidlertid den forståelsen av begrepet som brukes i andre sammenhenger kunne ha betydning også for å fastslå begrepets innhold i kommuneloven.

Det forhold at fastleger driver egen næringsvirksomhet, og regnes som næringsdrivende, både etter skattelovens regler og etter ASA 4310, kan tilsi at den samme forståelsen av begrepet naturlig legges til grunn ved anvendelse av garantibestemmelsen i kommuneloven. Det at fastlegene i forholdsvis stor grad kan påvirke omfanget av overskudd både på inntekts- og utgiftssiden, og at virksomhetens innretning naturligvis også vil motiveres av det, taler for det samme.

I forarbeidene til ny kommunelov i prop. 46 L (2017-2018) s. 232 er det redegjort nærmere for begrepet. Det er også redegjort for hvilken praksis departementet har anvendt i forbindelse med godkjenningsordningene. Det er i forarbeidene ikke spesifikt drøftet hvorvidt det kan stilles kan garantier for fastlegevirksomhet. Vi oppfatter at det for nærværende sak – basert på uttalelsene i forarbeidene – er to sentrale kriterier som må vurderes: Det ene vurderingstemaet er om rettssubjektet som mottar garantien *etter «en helhetsvurdering må anses å drive næringsvirksomhet»*. Det andre kriteriet er om «*det aktuelle rettssubjektet har et uttrykkelig gevinstsiktemål*». Det uttales:

> *«Vurderingen av om et rettssubjekt driver næringsvirksomhet, må ta utgangspunkt i den aktiviteten som foregår i det rettssubjektet som garantien stilles for. Vurderingen må ikke begrense seg til enkelte typer aktiviteter innenfor rettssubjektet som garantien kanskje primært er tenkt å støtte. Vurderingstemaet er altså om rettssubjektet som mottar garantien etter en helhetsvurdering må anses å drive næringsvirksomhet…*
>
> *Deretter er spørsmålet om det aktuelle rettssubjektet har et uttrykkelig gevinstsiktemål. Hvis formålet er å tilføre eieren økonomisk gevinst (utbytte og liknende), må rettssubjektet anses å drive næringsvirksomhet i kommunelovens forstand. At det* ikke *foreligger et gevinstsiktemål er et nødvendig vilkår for at det* ikke *dreier seg om næringsvirksomhet i kommunelovens forstand».*

Det uttales mer spesifikt om organisasjoner mv som driver virksomhet innenfor velferdssektoren følgende:

> *«I hovedtrekk vil organisasjoner som yter offentlige velferdstjenester, og organisasjoner som har allmennyttig eller ideelt formål, som utgangspunkt* ikke *anses å drive næringsvirksomhet. Forutsetningen er at det ikke foreligger et gevinstformål. Organisasjoner med ideelle og allmennyttige formål har et visst rom for å delfinansiere slike formål med inntekter fra markedet uten å bli ansett for å drive næringsvirksomhet i kommunelovens forstand. Ideelle og allmennyttige organisasjoner kan likevel anses å drive næringsvirksomhet hvis aktiviteten i rettssubjektet har et sterkt kommersielt preg. Organisasjoner som primært eller for en stor del driver forretningsmessig i et marked, må normalt anses å drive næringsvirksomhet. Organisasjoner som har et gevinstsiktemål, vil alltid anses å drive næringsvirksomhet etter kommuneloven*».

Det kan på grunnlag av nevnte uttalelsene i forarbeidene legges til grunn at det forhold at virksomheten også har allmennyttige formål, eller sågar et ideelt formål, ikke i seg selv medfører at man faller utenfor definisjonen av næringsvirksomhet dersom det foreligger et uttrykkelig gevinstsiktemål. På samme måte medfører det at den næringsdrivende utøver virksomhet innenfor en lovregulert oppgave, og regnes som en offentlig oppgave, som i stor grad er finansiert av det offentlige, heller ikke i seg selv medfører at virksomheten faller utenfor begrepet næringsvirksomhet så lenge virksomheten har et uttrykkelig gevinstsiktemål.

Det er vår vurdering at næringsdrivende fastleger åpenbart vil ha et gevinstsiktemål ved sin virksomhet. Det vil for fastleger flest – på mange måter som for andre som driver konsulentvirksomhet – være et mål å genere overskudd. Både omfang av lister, antall legebesøk, og hvordan virksomheten for øvrig innrettes – vil også være motivert av en målsetning om inntjening. Til illustrasjon vises også til erfaringene fra Kristiansand kommune, hvor fast ansatte leger har langt mindre volum av tjenesteproduksjon enn næringsdrivende. Det illustrerer at næringsdrivende leger innretter sin virksomhet og motiveres av at større produksjon gir større inntekter.

I forarbeidene er det ikke drøftet nærmere hva som menes med at virksomheten må ha et «*uttrykkelig*» gevinstsiktemål. Forarbeidene beskrivelse for øvrig tilsier at det er selve gevinstsiktemålet ved driften som er det sentrale, og ikke hvordan dette er kommunisert, eller uttrykt utad på en bestemt måte. Dette har også støtte i tidligere rett, blant annet i forarbeidene til tidligere kommunelov, hvor det også gjaldt et forbud mot å stille garantier til næringsvirksomhet. Det vises i den forbindelse også til uttalelser i forarbeidene til tidligere kommunelov i Ot.prp nr. 43 (1999-2000) punkt 10.5.

> *«Det knytter seg avgrensningsproblemer til begrepet næringsvirksomhet. Særlig gjelder dette der det er tale om en virksomhet med et visst forretningsmessig preg, men der den ligger i et grenseområde mellom tradisjonell forvaltningsvirksomhet og regulær næringsvirksomhet. Vanskelighetene knytter seg også til tilfeller der en del av virksomheten åpenbart er næringsvirksomhet, mens den øvrige del av virksomheten er tradisjonell forvaltningsvirksomhet eller utelukkende skal dekke kommunens egne behov.*

Det uttales videre følgende med henvisning til enda tidligere rett:

"Forbudet i §51 nr. 1 annet ledd medfører at det f.eks. ikke kan garanteres for lån til en privat bedrift, når bedriften har et forretningsmessig formål med sikte på økonomisk gevinst, ..."

I Toril Kristiansen: "Kommunale garantier" (1998) til tidligere rett er det konkludert slik:

Konklusjonen må være at det er virksomhet som enten har et uttrykt formål om økonomisk overskudd eller drives etter et konsept som objektivt sett åpner for overskudd som ekskluderes som "garantiobjekt"."

I Overå og Bernt (2020) er det uttalt at *«når det gjelder aksjeselskaper som i hovedsak finansierer sin virksomhet gjennom betaling direkte til brukerne av selskapets tjenester, synes det nærliggende å anse disse – selv om de driver kommunerelevant virksomhet – for å drive næringsvirksomhet dersom ikke annet er angitt i selskapets vedtekter».* Det legges altså her til grunn at det avgjørende er hvordan virksomheten fremstår utad. Hvis det ikke skal legges til grunn, så må det motsatte – altså at selskapet ikke driver næring – fremgå av vedtekter. Det er med andre ord det forhold at selskapet ikke driver næring med gevinstformål, som må fremgå av vedtektene.

Vi kan ikke se at det er grunn for å skille mellom aksjeselskap, enkeltmannsforetak og ansvarlige selskaper. Det sentrale er hvordan disse er disse er organisert og drevet og at virksomheten som sådan slik det fremgår utad er egnet til å gi overskudd, og at driften også motiveres av et formål om å oppnå økonomisk gevinst. Det at fastlegevirksomheten også er lovregulert, og også motiveres av andre formål, er sannsynligvis ikke avgjørende for tolkning av kommunelovens garantibestemmelser.

Oppsummering/subsumsjon

Det er derfor vår vurdering at fastlegevirksomhet – som følge av den naturlig organiseres og drives på en måte som er egnet til å genere overskudd, og hvor innretningen også klart motiveres av hvilket overskudd man oppnår - må ansees som næringsvirksomhet. Vi legger her også en viss vekt på at virksomheten etter avtaleverket med kommunen ansees som næringsvirksomhet, slik at også ordlyden i seg selv tilsier at det er næringsvirksomhet etter kommunelovens § 14-19. Det er også relevant å se hen til at konsekvensene av å ikke anse næringsdrivende fastleger som næringsdrivende i relasjon til kommuneloven § 14-19 ville

åpne for at mange andre aktører på velferdsområde også ville kunne unntas fra garantiforbudet. Det vil neppe være i samsvar med formålet med garantiforbudet, slik det er uttrykt i forarbeidene, blant annet om at det ikke er en kommunal oppgave å stille garantier for næringsdrivende. Det er etter vår oppfatning endelig relevant å se hen til at det i dag vokser frem et marked som tilbyr alternative legetjenester til fastlegeordningen. Det vises herunder også at innbyggerne har rett til å velge mellom fastleger, og fastlegene opererer slik i en viss forstand også i et marked.

Det er derfor vår vurdering at fastlegevirksomhet innebærer drift av næringsvirksomhet i kommunelovens forstand, og det kan da ikke stilles garantier etter kommuneloven § 14-19.

4.3 Forbud mot garantier som innebærer vesentlig økonomisk risiko

Det fremgår av § 14-19 at det heller ikke kan stilles garantier dersom en garanti innebærer en vesentlig økonomisk risiko. Det er uttalt følgende i prop. 46 L (2017-2018):

> «*Departementet legger som utvalget til grunn at kjernen i forbudet mot garantier som innebærer vesentlig økonomisk risiko, er at det bare kan stilles garantier hvis dette er økonomisk forsvarlig….*
>
> *Risikovurderingen må i praksis baseres på et faglig skjønn, der de sentrale momentene vil være sannsynligheten for tap, størrelsen på det potensielle tapet og kommunens evne til å håndtere det potensielle tapet. Terskelen for å stille garanti må altså forstås som høyere ved større garantibeløp og for kommuner med svak økonomi enn ved mindre garantier og for kommuner med solid økonomi*»

Da vi har konkludert med at det ikke lovlig kan stilles garantier til fastleger, som følge av at det er næringsvirksomhet, vurderes ikke dette kriteriet nærmere. Hensett til det tap som kommunen eventuelt anfører som sannsynlig dersom det stilles slike garantier, vil neppe vilkåret om «vesentlig risiko» være til hinder for at garantier stilles. Dette beror likevel på en nærmere konkret vurdering.

5. Oppsummering

Det er vår vurdering at kommuner ikke har adgang til å stille garantier til fastleger etter kommuneloven § 14-19, da fastlegevirksomheten må anses som næringsvirksomhet etter kommunelovens regler.

Med vennlig hilsen



Øyvind Renslo
advokat